

POR

FERNANDO

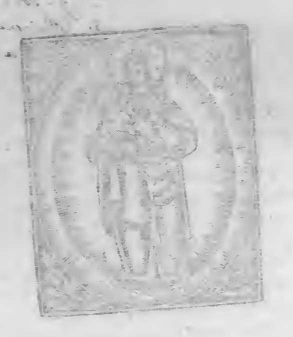
DE SOTO, VEZINO DE
la Ciudad de Cordoua. En
el pleyto

CON

D. MARINA DE NA-
varrete, vezina de la dicha
Ciudad.

¶ *Impresso en Granada, en casa de Blas Martinez, mercader de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1634.*

3



POR

FERNANDO

DE SOTO, VEZINO DE
la Ciudad de Cordoua. En
el pleyto

CON

D. MARINA DE NA-
varrete, vezina de la dicha
Ciudad.

¶ Impresso en Granada, en casa de Blas Martinez, mercader de Libros,
en la calle de los Libreros. Año de 1654.



OR auerse hecho muy ajustada relacion del hecho del pleyto, quando se vio, no cansamos a V.S. en referirlo, y solo diremos del en este discurso lo que fuere necessario para su inteligencia, y justificar la pretension de Fernando de Soto.

La qual es, que el matrimonio que contraxo doña Marina con Francisco de Ayala fue legitimo, y que por lo menos se reputó por tal, conque se le han de dar los mismos efectos que si huuiera sido valido.

Que por el dicho matrimonio se acabò la tutela que el dicho Fernando de Soto tenia de la dicha doña Marina.

Y que assi pudo pagar y pagó legitimamente a los dichos Francisco de Ayala, y doña Marina su muger el alcance de la tutela, sin que pueda la dicha doña Marina pretender restituyrse aduersus dictam solutionem.

Que quando no se huuiera podido pagar y entregar el alcance a los dichos Francisco de Ayala, y doña Marina su muger, quedó Fernando de Soto escusado y libre por auer pagado compulso y apremiado por autoridad de justicia.

Y vltimamente, que por auer interuenido juramento en la carta de pago, y finiquito que doña Marina y su marido dieron a Fernando de Soto quedaron excluydos de qualquier remedio y recurso que pudieran tener.

Que todo lo dicho procede con mayor razon considerando la buena fee conque el dicho Fernãdo de Soto procedio siempre, y que no se le puede imputar culpa alguna.

Y quando todo cessara, y por algũ camino pudiera ser condenado, auia de ser teniendo consideracion, a q̃ la dicha doña Marina se entró, y que-

dó

dó con todos los bienes de su marido, que fueron muchos, para que si por ello no aya de ser absuelto en todo Fernando de Soto, por lo menos se descuente y baxe lo que está prouado importaron y valian los dichos bienes.

Segun lo qual la dicha pretensió tiene siete partes, ó puntos, y para proceder con mayor claridad diuidiremos en ellos esta alegacion.

*** PVNTO PRIMERO. ***

1 ¶ No podemos negar, que al tiempo que contraxo matrimonio doña Marina, no tenia mas que onze años, poco mas, ó menos, y que por derecho Canonico se requiere regularmente, para que puedan contraerlo doze años en las mugeres, y catorze en los varones, *cap. continebatur, cap. ex literis, de desponsatione impuberum.* Pero tambien es cierto, que la malicia puede suplir la edad, y que assi si tienen bastante capacidad para el consentimiento, y aptitud para consumar el matrimonio, es valido, aunque los contrayentes sean de mucha menor edad, que la que por derecho regularmente se requiere, *cap. de illis el 2. cap. puberes, cap. fin. de desponsatione impuberum,* Dominus Couarr. *de sponsalibus, 2. par. cap. 5. num. 3.* Pater Thomas Sāchez, *lib. 7. de matrim. disput. 104. à num. 5. & per totam,* P. Basil. Ponce, *de matrim. lib. 7. cap. 65. à num. 1.* P. Layman, *2. tom. oper. moralium, tract. 10. part. 4. cap. 12. á nu. 1.*

2 ¶ De la capacidad para el consentimiento no se puede dudar interuino en el dicho matrimonio, porque esta se presume in proximo pubertate, *l. apud Celsum, §. deinde, ff. de dolo, l. qui iurasse, ff. de iur. iur. l. impuberi, ff. de furtis, cap. 1. de delictis puerorū:* & tradunt in puncto Doctores *in cap. continebatur de desponsatione impuberum,* Dom. Couarr. *dict. c. 5. num. 3.*

*num.3.*P.Sanch.*dict.disput.*104.*num.*27. Y la edad proxima a la pubertad se dize en los varones de diez años y medio, y en las mugeres los nueue años y medio; vt probatur *in l.3.§.penult.ff.de liberis exhibendis,§.vltim.Inst.quibus ex causis manumittere non licet,*& tradunt glos.Bart. & Cagnol. *in l.pupillum,ff.de regul.iur.*Bald. & cæteri *in l.properandum, §.& si quidem,C.de iudicijs,*Abb.*in c.continebatur,n.12.de desponsatione impuberum,*Calcaneus, *cons.*121. *num.*16.Rosela,*in summa,*verbo,*matrimonium.*2. *n.*4.Siluest.verb.*matrimonium.*5.*n.*4.

3 ¶ Y assi teniendo la dicha doña Marina al tiempo del matrimonio cosa de onze años, y al de el entrego de el dicho alcance mucho mas, porque fue cinco ò seys meses despues, no podrá dezir, que faltó su consentimiento, por no tener capacidad bastante: demas que el mismo hecho, y como se portò en el la dicha doña Marina embiando a llamar, y escriuiendole al Prouisor, y lo que le dixo, y declarò con juramento, todo ello està denotando la mucha capacidad que tenia.

4 ¶ La potencia, ó aptitud para la consumacion del matrimonio no se presume en las mugeres antes de los doze años: pero bié la puede auer en mucho menor edad, como ay varios testimonios de mugeres, que de nueue y diez años há parido: vt testantur Alberic.*in dictionario,*verbo,*matrimonium el* 2. Nauarr.*lib.*4.*consilior. tit. de desponsatione impuberum,cons.*4.*nume.*13. Tiraquel. *in l.*6. *connubiali,num.*37. P. Sanch. *dict. disputatione* 104. *num.*29.

5 ¶ Y si ay la dicha aptitud y potencia, y las señales para conocerla, todo ello se dexa al arbitrio del Iuez, vt pluribus adductis testantur Dom. Couarr. *dict.c.*5.*num.*3.*&* 5. Menoch.*lib.*2.*de arbitrarijs,casu* 58. *à numer.*8. P.Sanch. *dict.disput.*104. *num.*29.

6 ¶ De aqui (pues) nace, que auiendose contraydo el dicho matrimonio in facie Ecclesiæ con licencia y autoridad del Prouisor de Cordoua, se ha de presumir, que el dicho Prouisor dio licencia informado de la potencia y aptitud de doña Marina, ex corporis aspectu, & ex alijs signis, y que interuino examen bastante, y lo demas necessario para el valor del dicho matrimonio, *l. quoties, l. sciendum, ff. de verb. oblig. l. si post diuisionem, C. de iuris & facti ignorantia, l. cum in testamento, §. 1. ff. de hæredibus instituendis*, Menoch. *lib. 6. præsump.* 4. & 7.

7 ¶ Pero no necessitamos de presunciones, pues consta, que luego que se casaron cohabitarō juntos, haziendo vida maridable, y consumando el matrimonio, como la misma doña Marina lo confiessa en su demanda, articulos, y demas alegaciones, pidiendo seys mil ducados, por auerse casado antes de tiempo, y perdido su virginidad; cōque nullus disputationi relinquitur locus, porque quando consta de la cohabitacion y consumaciō del matrimonio, iam per rei euidentiam apparet de potentia vxoris ad copulam carnalem, & de valore matrimonij amplius non est ambigendum, *dict. cap. continebatur. 6. de desponsatione impuberum*, ibi: *Si autem fuerit ætati proxima, vt in vndecimo, vel circa duodecimum annum, & cum suo assensu desponsata, & cognita ab eodem viro separari non debet, cap. de illis el 2. eodem tit.* ibi: *Si potuerint copula carnali coniungi*; quod ibi explicat Hostiens. *id est si de facto se coniūxerint*, & pluribus adductis P. Sanch. *dict. disput.* 104. *num.* 24. *qui num.* 25. cum pluribus inquit optimam aptitudinis, & potētiæ vxoris probationem esse constiterit non solum cum viro, verumetiam cum alio copulam habuisse, Dom. Couarr. *d. cap.* 5. *num.* 3. Calcaneus, *cons.* 121. *num.* 7. Menoch. *lib.* 2. *de arbitrar. cas.* 57. *nume.* 33. ibi: *Cum ergo carnalis copula sequuta est, super malitia, & potentia am-*

20

ambigēdū nō est, nec aliquod in hoc eſt iudicis arbitriū.

8 ¶ Y quando (ſin perjuyzio de la verdad) por algun camino ſe pudiera pretender, que el dicho matrimonio fue nulo, baſtaua, que publicamente ſe tuuieſſe por valido, y que eſtuuieſſen haziendo vida maridable, permitiendolo la Ygleſia, y ſabiēdolo toda la ciudad, para que en todos los efectos ſe aya de juzgar como ſi huuiera ſido legitimo, *l.2.§.fin.cum l.ſeq.* & ibi Rip. *á numer.18.ff.de priuil.credit.l.3.§.videamus,ff.de donat.inter.l.ſi ſponſa.77.ff.de iur.dot.l.3.C.ſolut.matrim.cap.2.* & ibi omnes *ext.de donat.inter.* Bald.Nouell.*de dote,par.11.§.hactenus, per tot.* Palac.Rub.*in Rubr.de donat. int. §.36.per tot.* Anton.Gom.*in l.50.Taur.num.56.* Matienç.*in l.2.tit.9.lib.5.recop.gloſ.1.à num.4.* Gamm. *deciſ.89.176.207.& 220.* D.Couarr. *de ſponſal. 2.p.c.7.§.1.n.7.*

9 ¶ Mayormente quādo aliàs ſe ſiguiera perjuyzio a los terceros, que communi errore ducti, y viendo que el matrimonio ſe auia contraydo con autoridad de la Ygleſia, y que les cōſentia hazer vida maridable, juſtamente lo tuuieron por legitimo, y eſtan eſcuſados, iuxta textum in *l. Barbarius Philippus 3.* cum ibi laté traditis, *ff.de offic.Præfect.c.nihil de elect.l.4.tit.1.par.5.verſ.Otro ſi dezimos,* ibi: *Porq̄ creen los hōbres,* & in terminis ſolutionis, *l.ſi hominē 34.§.ſi Titium, ff.de ſolut.* Carol.Ruin.*cōſ.167.& conſ.171.n.3.vol.4.* Gigas, *tract.de crimin.læſ.maieſt.tit.de pœn.commit.crim.læſ.maieſt.q.27.n.3.* Carol.de Graſ.*de except.except.25.nu.18.* Grat.*diſcept.505.n.38.& 39.*

10 ¶ Porque fuera cōtra toda equidad, que todos los que lleuados de tan juſto error tratarō, ò contrataron con Franciſco de Ayala, no tuuieſſen ſeguridad, y que ſin culpa ſuya padecieſſen tā notable daño, como padeciera Fernando de Soto ſi fuera condenado, y mas quando el impedi-

mento porque se pretende fue nulo el dicho ma-
trimonio,no era notorio,ni les podia cõstar, por-
que aunque supiessen la edad de doña Marina,no
podian saber si tenia potencia y aptitud bastante,
y se deuian persuadir,a que auiendole dado licen-
cia el Prouisor para contraer el dicho matrimo-
nio,y contraydose con efecto, y haziẽdo vida ma
ridable con su marido,auria precedido el examen
y demas requisitos necessarios,y que la susodicha
tendria bastante aptitud, pues de menos edad se
suele dar en las mugeres,vt supra *num*.4. probaui-
mus: y fuera sin fundamento,y cosa injustissima,
y contra toda razon, dezir, que tuuo obligacion
Fernando de Soto,que es vn tercero,de poner cõ-
tra vn matrimonio contraydo, y aun cõsumado,
que era nulo por no tener la muger doze años cũ-
plidos,ni ser capaz y apta para esta consumaciõ,
a fin de no entregarle la hazienda, pues la repre-
hension, y aun castigo fuera justo contra el suso-
dicho,en querer alegar cosa tan peligrosa, cõque
quizá constituyera en escrupulo a los contrayen-
tes. Y assi cierto (señor) que no alcãçamos en que
se funde por los Abogados cõtrarios el dezir que
tuuo obligacion esta parte a hazer tan desacorda-
da contradicion,quãdo los halla casados in facie
Ecclesiæ.

11 ¶ Y lo dicho procede con mayor razon,cõ-
siderando,que la dicha doña Marina ella de su au-
toridad estando ausente Fernando de Soto, tratò
y efectuò el dicho matrimonio, escriuiendo al di-
cho Prouisor,y embiandole a llamar, y diziendo,
que auia dado palahra de casamiento a Francisco
de Ayala, como mas latamente se ponderará en
el *puncto* 6. Y no pudiendo la dicha doña Marina
ignorar el impedimento de su edad,no puede ale-
garlo aora,ni por el pretender en perjuyzio de ter
cero,que fue nulo el matrimonio, ne ex dolo, &

mali-

malitia sua commodum reportet, contra regulã *l. siue hæreditaria, ff. de negot. gest.* optimum textum *in l. pen, §. fin. ff. quod fals. tutor. auct. l. à Diuo Pio 58. ff. de ritu nupt. l. 5. ff. de diuort. l. si cum dotem, §. fin.* à cõtrario sensu, *ff. solut. matrim.* vbi notant Paul. *num. 2. ad med.* Alexand. *num. 3. vers. Prædicta etiam,* Costa, *in cap. si pater, 1. par. verbo, vxorem, á num. 21. de testam. in 6.* Suarez, *tit. de las ganancias, n. 17.* Ripa, *in l. 2. §. fin. n. 21. in fin. ff. de priuil. credit.*

*** PVNTO SEGVNDO. ***

12 ¶ Siendo (pues) legitimo el dicho matrimonio, o por lo menos deuiendosele dar los mismos efectos en quãto a nuestro caso, no tiene duda que se acabò por el la tutela de Fernando de Soto: porque aunque es controuertido, si contrayẽdo el menor matrimonio se acaba el oficio del curador, omitiendo la disputa de derecho comun, la mas cierta opiniõ de derecho del Reyno es la afirmatiua, y tiene solidos fundamentos en la *l. 6. tit. 17. parti. 7.* ibi: *Y esto es, porque el huerfano despues que es casado, y trae su muger a su casa, no recibe embargo ninguno en demandar cuenta a su guardador de sus bienes. l. 207. stil.* ibi: *Ca el casamiento, e la malicia suplen la edad, l. 3. tit. 15. parti. 2.* ibi: *E que lo tengan en paz, e en justicia, fasta que el Rey sea de edad de veynte años: e si fuere fija la que huuiere de heredar, fasta que sea casada. l. 47. Taur.* vbi patriam potestatem matrimonio finiri deciditur, quæ absque dubio fortior est curatoria, ergo multo magis hæc etiam finietur, argum. *auth. multo magis, C. de Sacrosanct. Eccles.*

13 ¶ Y en terminos, que la curaduria se acabe por el matrimonio, defendit cum Segura, Didac. Perez *in l. 3. tit. 11. lib. 4. recop. col. 1527. cum seqq.* vbi testatur pluries ita decissum in hoc Regno, D. Gregor. *in l. 9. tit. 1. parti. 2. verbo, llamar,* ibi: *Quæ*

per argumentum à contrario sensu innuit, quod postquã nubit, administratio Regni pertinet ad maritum, cũ cesset tutela vel cura, Gasp. Baec. *de inop. debitor. cap.* 14. *num.* 4. P. Molin. *de iust. & iur. disput.* 221. Monterros. seu quisquis ille sit, *tract. 6. col. 1. ad fin. pag.* 121. Azeved. *in l. 8. num.* 48. *&* 49. *titu. 1. lib. 5. recop.* qui optimè satisfacit *l. 3. titu. 17. part. 6.* quæ contrariæ partis vnicum est fundamentum, & non multum ab hac opinione videtur deuiare Scob. *de ratiocin. cap. 6. num.* 25. cum iudicis arbitrio relinquat, an ratio statim matrimonio contracto minori, seu eius viro reddenda sit.

14 ¶ Y mejor que todos lo resoluió y disputó latissimamente el señor don Iuan del Castillo, *lib. 4. controu. cap. 28. numer. fin. fol. 272. col. 4. vers. Et hactenus, cum seqq. vsque ad fol.* 277. qui communiorem testatur hanc affirmatiuam sententiam, & iuridice constituit differentiam inter masculũ & fœminam minorem defendẽs, quod licet masculi minoris cura non finiatur per eius matrimonium, secus est in fœmina minore, cuius cura statim, ac nupta est finitur, & sic iudicatum in Hispalensi Senatu asserit.

15 ¶ Sed quidquid in officio curatoris sit, es innegable, que la tutela de la muger que se casa se acaba por su matrimonio, porque como el tutor se dá principalmente a la persona, es necessario q̃ la del pupilo sea libre, cum non nisi in capite libero vis ac potestas tutoris possit subsistere, *l. 1. ff. de tutel. princip. Inst. eod.* Montan. *de tutel. cap. 37. n.* 99. Et ideó, luego que el pupilo passa in alterius potestatem, seu familiam, es preciso que se acabe la tutela, nemo enim duorũ potestati potest esse subiectus, vt probat text. *in l. si adrogati* 14. *ff. de tutel. l. vltim. in fin. C. de authorit. præstand. §. item finitur,* iuncto *§. sed pupilli, Inst. de tutel. §. illud, Inst. de adoption* Ant. Fab. *in iurisprud. Papin. titu. 12. de tutel. princ. 1.*

illat.

*illat.*21. nec opera,& tuitione tutoris iam necesse habet,vt animaduertit Paul.Montan.*dict.cap.*37.*num.*99.ibi: *Et ratio est, quia arrogatus transit in potestatem,& familiam arrogantis, cuius cura gubernari possit,ideó non habet necesse opera tutoris,sed eius potestatem egreditur,d.§.illud,Inst.de adoption.&c.*

16 ¶ Y asi como por el matrimonio la muger passa in familiam & potestatem viri, *l.pronuntiatio* 195.*§.fin.& l.familiæ* 196.*§.fœminarum, ff. de verbor.signific.l.assiduis,C.qui pot.in pign. hab.l.* 6. *C. de donat.ante nupt.l.*55.*Taur.* cui concinit illa conuentio,quæ antiquitus in matrimonio ineũdo celebrabatur, & conuentio in manum viri vocabatur per quam fœminæ,statum ac familiam mutabant,& in virorum mancipium redigebantur, vt ex Livio,*lib.*44.& Cicer.*in topic. in loc. ab effectis,* tradit Paul. Montan.*dict. cap.*37.*numer.*145.*& sequentibus.* Osuald. *libr.*3. *comm. cap.*14. *litera C.* necessariamente en casandose y velandose ha de cessar,y acabarse la tutela,pues passa a otra potestad y familia,maximé attento iure Regio,*ex l.*47.*& l.*55.*Taur.* las quales no pudieron tener otra razon y motiuo.

17 ¶ Y en terminos, que aunque la curaduria no se acabe por el matrimonio del menor, cõ todo,que la tutela de la muger menor de doze años cessa cõ su matrimonio,& omnino extinguitur tradit & comprobat optimè Paul. Montan. *d. cap.*37.*ex num.*145.*vsque ad* 153.asserens *num.*149. ita quodam Arresto decissum fuisse 9. Maij anno 1580. sequuntur Mar.Giurb.*decis.*109.*nu.*2. D.Perez de Lara,*in compend. vitæ homin. cap.*20.*n*94.

18 ¶ Pero quando todo lo que hemos dicho en este punto pudiera tener alguna cauilacion antes de la pragmatica del año de 1623. ya por ella esta decidido por palabras claras, que por el matrimonio el marido si es de diez y ocho años, no

solo

solo alcance y deua tener la administracion de sus bienes: pero tambien de los de su muger, aunque sea menor, vt patet ibi: *Y si se casare antes de diez y ocho años, pueda administrar en entrando en los diez y ocho su hazienda, y la de su muger si fuere menor, &c.* Conque parece no puede tener duda nuestra pretension en este punto.

** TERCERO PVNTO. **

19 ¶ Auiendose, pues, acabado la tutela de doña Marina por su matrimonio tuuo obligació Fernando de Soto de dar luego cuenta della, y pagar el alcance, iuxta text. *in l.1.§.officio, & §. de rationibus, ff. de tutel. & rat. distrahend. l. aduersus, l. rationes, C. de administr. tutor. tot. titul. C. arbitr. tutellæ. l.21. tit.16. part.3.* laté Ioan. Gutierr. *de tutel.3. par. cap.1. á num.2.* y no lo haziendo luego, aun sin ser requerido, incurre en varias penas impuestas por derecho, Socin. *cons.92. nu.17. vol.4.* Roland. *cons.49. n.16. vol.1.* Gutierr. *d.c.1. n.6. & 7.*

20 ¶ Y asi cumpliendo Fernando de Soto con su obligacion, con autoridad de la justicia, y compulso por ella, dio sus cuentas, y pagò el alcãce a Francisco de Ayala, que fue persona legitima para recibirlo, y tomarlas: porque aunque por derecho comun se constituye diferencia entre los bienes dotales y parafernales, y de los dotales se dà el dominio al marido, y asi los puede pedir, y recibir proprio nomine & iure, *l. doce ancillam, C. de rei vend.* lo qual no procede en los parafernales, porque el dominio dellos pertenece a la muger, & per consequens el marido proprio nomine no los puede pedir ni cobrar, *l. fin. C. de pact. conuentis, l. cum maritũ. 11. C. de solut.*

21 ¶ Quando estuuieramos en estos terminos, se auia de tener Francisco de Ayala por persona

sona legitima, para tomar las cuentas, y recibir el dicho alcance, porque en vn mismo dia, que fue el 12. de Octubre de 1630. se pagó por Fernãdo de Soto el dicho alcance, y del se otorgó escritura, y carta de dote entre el dicho Francisco de Ayala, y doña Marina, y quando no precediesse la dicha carta de dote (como en caso de duda se ha de presumir, cum semper actus ille præsumatur præcise, qui iure præcedere debet, vel est necessarius ad validitatem alterius actus, *l. cum in testamento, §. 1. ff. de hæred. inst.* vbi Cin. Bald. Angel. & Imol. *num. 7.* Padill. *in l. qui fideicommissariam, num. 4. C. de fideicõmiss.* Menoch. *lib. 6. præsumpt. 7. per tot.*) Por lo menos no se puede negar, que auiendose hecho en vn mismo dia, y sobre vna misma cosa, son contratos correspectiuos, y se han de juzgar, ac si vnus alteri inesset, & eius pars esset, iuxta text. *in l. lecta, vers. Dicebam, ff. si certũ pet. l. iuris gẽtium, §. quinimo, ff. de pact.* tradunt Bald. Salicet. Decius, Ias. & alij *in l. petens, C. de pact.* laté Tiraquel. *in l. si vnquã, verbo, donatione largitus, ex num.* 101. *C. de reuoc. donatio.* Anton. Gabr. *commun. tit. de præsumpt. reg. 13. á num.* 4. Honded. *cons. 7. num. 15. & cons. 7. num. 15. & cõs. 32. num. 14. vol. 1.* Surd. *cons. 217. nu. 9.* copiosé Mar. Giurb. *decis. 85. á nu. 18. cum seqq.*

22 ¶ Conque la paga hecha al dicho Francisco de Ayala se ha de tener por legitima, como de bienes dotales suyos, y no parafernales de su muger, pues todo el dicho alcance se le prometio, y el lo recibio en dote el mismo dia: y por lo menos quando en la paga huuiera auido algun defeto, por la constitucion de dote, que del dicho alcãce despues se hizo, se validara y purgara qualquier vicio, argum. text. *in l. cum quis 38. §. qui hominem, l. is qui 60. l. pupilli 96. §. fin. ff. de sol. & liber.*

23 ¶ Y quando por algun camino los maravedis del dicho alcance se pudieran tener por bie-

nes parafernales de doña Marina podia tambien cobrarlos el dicho Francisco de Ayala, sino iure, & nomine proprio, por lo menos como persona conjunta; porque los conjuntos no solo tienen poder ad agendum, *ex l. sed & hæ. 35. ff. de procurat. l. maritus, l. exigendi, C. eod.* Pero pueden assimismo solutionem recipere, eisque facta legitima iudicatur, *l. 3. iuncta l. 2. §. fin. ff. solut. matrim.* text. optim. *in l. si autem 8. in princ. ff. de negot. gest. l. si cum filio 9. §. 1. ff. de compens.* tradunt Fulgos. *in l. si pupilli, §. fin. num. 3. ff. de negot. gest.* Decius *in cap. cum M. num. 14. in fin. de constit.* latè Petr. Barbos. *in l. 3. numer. 10. & seqq. ff. solut. matrim.* Mayormente siendo menor la persona conjunta, cuius nomine solutio recipitur, vt tradit Rom. *singul. 227. num. 1. 2. & 3.* vbi additionat. in idem refert Alex. Ias. Socin. & alios, Marcelus Cala, *tract. de modo artic. & proband. §. 2. n. 1035.* Carol. de Gras. *except. 25. n. 45.*

24 ¶ Y pudiendo recibir Francisco de Ayala el dicho alcance tanquam coniuncta persona, etiam iure communi atento, no era de impedimẽto, ni embaraço el ser menor de veinte y cinco años, porque aunque lo fuesse, adhuc tanquam cõiuncta persona agens, vel solutionem recipiẽs admitteretur, text. est *in d. l. exigendi, C. de procurat.* quę licet loquatur in filio pro patre agente, ad cæteros cõiũctos extenditur, vt ibi per Bald. Paul. Alexand. & Ias. *nu. 11.* & procedit licet coniuncta persona, pro qua agitur esset etiam minor, vt notat Glos. *fin. in l. tutores, qui, ff. de administ. tutor.* Bald. *in d. l. exigendi, n. fin.*

25 ¶ Pero todo lo que hemos dicho parece superfluo, atenta la disposicion del derecho del Reyno, pues por el el marido no solo es legitimo administrador de los bienes dotales de la muger, pero tambien de los extradotales, nulla iam constituta differentia, inter dotalia, parafernalia, &

sim-

ſimplitia vxoris bona, vt per tex. *in l.* 55. *Taur. quæ eſt* 2. *tit.* 3. *lib.* 5. *Recop. l.* 4. *&* 5. *tit.* 9. *eod. lib.* tradunt Dom. Greg. Lop. *in l.* 17. *titu.* 11. *part.* 4. *verbo, todos los bienes, verſ. Et de iure Regni vſusfructus omnium bonorum, &c.* Azeved. *in l.* 3. *&* 4. *á num.* 22. *tit.* 9. *& in l.* 2. *num.* 62. *&* 63. *titu.* 3. *lib.* 5. *Recop.* Barboſ. *in l.* 1. *p.* 1. *num.* 31. *&* 32. *ff. ſolut. matrim.* Dom. Do. Ioan. del Caſtill. *de vſufruct. cap.* 4. *nu.* 16. *verſ. Licet aliud ſit de iure huius Regni, & numer.* 17. Morquech. *de diuiſ. bonor. lib.* 2. *cap.* 17. *num.* 6. *&* 7. Girond. *de priuil. quæſt.* 136. *num.* 767. verſ. *Ex iure nouiori peculiari priuilegio maritus eſt administrator omnium bonorum vxoris, &c.*

26 ¶ Y ſiendo el marido legitimo adminiſtrador y vſufructuario de todos los bienes de la muger, non eſt dubium, que ſe le pueden y deuen pagar qualeſquier deudas della, aunque no ſean dotales, coniunctæ enim perſonæ, ſi legitimus adminiſtrator eſt, recté ſemper ſolutio fit: vt notat Angel. *in l. qui aliena, §. quamquam, num.* 1. *in fin. ff. de negot. geſt.* Iaſ. *in l.* 3. *num.* 5. *ff. ſolut. matrim.* ibi: *Limita, quod coniunctæ perſonæ ſolui non poteſt, niſi quando coniuncta perſona eſt legitimus adminiſtrator, quia tũc ei poteſt ſolui, &c. & in l. filius paciſcendo, num.* 7. *C. de pact.* ibi: *Et vltra eos adde vnum notabile, quod quando coniuncta perſona eſſet etiam legitimus adminiſtrator, vt eſt pater in bonis aduentitijs filij; tunc ei poteſt ſolui cum ad eum ſpectet vſusfructus:* & ibi etiam Decius *num.* 6. verſ. *Et hoc limitatur,* Caſan. *in conſuet. Burgund. rubr.* 6. §. 5. *num.* 8. *&* 9. ibi: *Et aduertè, quod pater habens adminiſtrationem filij poteſt percipere ſolutionem, vt per Ioan. de Imol. in d. §. quamquam, qui allegat illum text. ad hoc, quod habens adminiſtrationem cõiunctæ perſonæ, poteſt recipere ſolutionem.* Stephan. Gratian. *tom.* 3. *diſcept.* 401. *n.* 3.

27 ¶ Y en terminos de paga de otro alcãce ſemejante de otra tutela de vna menor hecha al marido,

marido, obseruauit eleganter Dom. D. Ioan. del Castill. *lib. 4. controuers. cap. 28. nu. fin. fol. mihi 274. col. 1.* ibi: *Aut saltim quando verum dominium penes vxorem remaneat, iuxta alteram communem quoque sententiam, ibidem adductam ex nu. 35. cum seqq. quodammodo dominus, siue dominium habere dicatur maritus constante matrimonio, propter commodum fructuũ, & administrationem bonorum omnium dotalium illi ex lege cõpetentẽ, propter quam non domini, aliquando domini vocantur, vt ibidem quoque obseruaui. Meritò ergo petit maritus bonorum eorum omnium, quæ sibi in dotẽ data fuere, rationes, & administrationẽ: Aut quãdo in eis se non dotasset, vxor administrationem eandem quam leges huius Regni, omni casu ei competere voluerunt, vt compertum, & certum est ex omnibus legibus Regijs, quæ in proposito loquuntur.*

28 ¶ Y a lo dicho no obstará la oposiciõ contraria, de que por ser Francisco de Ayala quando se hizo la paga del dicho alcance menor de veinte y cinco años, no se pudo, ni deuio pagarsele, ni era persona legitima para recibirlo. Porque demas de lo que arriba diximos n. 23. se satisfaze, cõ que oy por la prematica del año passado de 1623. el marido teniendo diez y ocho años, es persona legitima para administrar no solo sus bienes: pero tambien los de su muger, como por palabras expressas se determina, ibi: *Y si se casare antes de diez y ocho años, pueda administrar en entrando en los diez y ocho su hazienda y la de su muger, si fuere menor, sin tener necessidad de venia, y que a los que teniendo veinte y cinco años cumplidos, y estuuieren por casar, le puedan echar las dichas cargas, &c.* Y assi teniendo Francisco de Ayala por el año passado de 1630. mas de 23. años, no se puede dudar que fue persona legitima para recibir la dicha paga, y administrar sus bienes, y los de su muger.

29 ¶ Sin que sea de consideracion dezir, que

la dicha prematica ſe ha de entender ſolamente en los que ſe caſan antes de tener diez y ocho años, pero no en los que ſe caſan ſiendo mayores de eſta edad, como lo era Franciſco de Ayala al tiempo que ſe caſò.

30 ¶ Hæc enim obiectio facile excluditur. Tùm, porque auiendoſe promulgado la dicha prematica por fauorecer los matrimonios, y ayudar a la multiplicacion de los vaſſallos, ſe ha de juzgar diſpoſicion fauorable, iuxta text. *in l. Gaius Sæius, 46. ff. ſolut. matrim. l. Titia, 134. in fin. ff. de verb. oblig. ca. fin. de re iudic. cap. fin. de condit. appoſ. cap. 1. verſ. Conſultationi,* iuncta gloſſ. *verbo, ſeruetur, vt lite non conteſt. auth. de nupt. in princ.* ibi: S*i enim matrimonium ſic eſt honeſtum, vt humano generi videatur immortalitatem artificioſſe introducere, & ex filiorum procreatione renouata genera manent iugiter Dei clementia, quantum eſt poſsibile, noſtræ immortalitatem donante naturæ, rectè nobis ſtudium eſt de nuptijs.* Y aſsi ſe ha de ampliar todo lo poſsible, y no auiendo palabras claras no ſe puede hazer la reſtitucion que de contrario ſe pretende, *cap. odia, de reg. iur. lib. 6. l. quoties, ff. eod. cum vulgat.*

31 ¶ Tùm etiam, porque la razon y motiuo que tuuo la dicha prematica, fue fauorecer el matrimonio, y para que los maridos pudieſſen ſuſtentar ſus cargas matrimoniales, darles la adminiſtracion de ſus bienes, y de los de ſu muger, en llegando a tener capacidad baſtante para adminiſtrarlos, y eſta la conſiderò en los diez y ocho años, por ſer el limite y termino, in quo pleniſsima adimpletur pubertas, ex *l. arrogato, 40. ff. de adopt.* vbi notat Coraſius, *l. Mella 14 §. 1. ff. de alim. legat. §. 4. Inſtit. de adop.* Zacius *in paratitla, ad tit. de adopt.* Oſuald. ad Donel. *lib. 3. comment. c. 14. lit. B.*

32 ¶ Y militando eſta razon con muchas

 ven-

ventajas en el que fuere mas proximo a los veinte y cinco años, pues mientras mas edad tuuiere tendrà mayor capacidad y gouierno: no ay causa para querer constituyr diferente derecho en ellos, que en los que se casan antes de tener los diez y ocho años, ex vulgari reg. *l. adigere, §. quãuis, ff. de iur. patron. l. regula, §. fin ff. de iur. & fact. ignor. l. nomen debitoris, §. fin. ff. de leg. 3 auth. multo magis, C. de Sacros. Eccles.* Porque aunque sea la disposiciõ correctoria òpenal, tiene lugar en todos los casos que milita la misma razon, por comprehenderse, non tan ex vi extensionis, quam virtute propræ inclusionis, *l. non sine, C. de bon. quæ liber.* vbi notat Fulgos. Dom. Molin. *lib. 1. cap. 5. num.* 10. Gratian. *tom. 5. cap. 920. à num. 2.* & innumeris adductis Farin. *in fragmentis, lit. E. num. 52. & à num. 123. &* 166. Dom. Castill. *lib. 3. cap. 28. à num. 21. & tom. 6. cap. 171. num. 15.* Y tan doctamente como siempre v. S. nos lo enseña, *in cons. 62. à n. 7 cum seqq.*

33 ¶ Tùm denique, porque aquellas palabras de la prematica; *Y si se casare antes de los diez y ocho años*, no se pusieron para restringir la disposicion, sed potius por razon de exemplo, y causa de declaraciõ, vt *in l. præter*, aliàs Iulianus *§. quoties, ff. de collat. bonor.* ibi: *Quod dico exemplo, vt manifestius fiat, l. 1. §. quod vulgo, ff de vi & vi armat. l. penult. §. fin. ff. de iur. & fact. ignor.* Porque para dezir que qualquier casado como huuiesse entrado en los diez y ocho años, auia de tener la administracion de sus bienes, necessario era poner el exemplo en el que antes se huuiesse casado, para significar que luego que entrasse en los diez y ocho años auia de gozar del fauor y priuilegio de la dicha prematica. Demanera, q̃ por las dichas palabras no solo no se quiso excluyr nuestro caso, sino antes comprehender el mas dificultoso, que era, si auiendose casado vno de

muy

muy poca edad, statim que attingeret decimum octauum annum gozaria del dicho priuilegio.

34 ¶ Y no se deue hazer reparo en la diccion, *si*, porque aunque esta regularmente importa condicion, muchas vezes tiene diferente significacion, vt per Bald. *cons.67. & 76. libr.* 1. Cardin. Tusch. *lit. C. conclus.583. à n.* 7. Y se pone en lugar de la diccion, *quamuis*, para denotar el caso mas dificultoso, ex Alex. *cons.64. num.* 4. *lib.*4. Bolognin. *ad cons.* Ioan. de Annan. 55. *nu.* 8. Franc. Marc. *decis.*231. *num.*2. *part.*2. Card. Tusc. *lit. D. conclus.*263. *num.* 3. Y en la misma prematica vemos luego subsiguientemente, que se recibio en este sentido, ibi: *Y la de su muger si fuere menor*; donde la diccion, *si*, es preciso se exponga pro, *quamuis*, y que sea el sentido *aunque sea menor*, porque de otra suerte se diera vn absurdo, que siendo mayor de veynte y cinco años la muger, se denegara la administracion de sus bienes al marido, contra la disposicion de la l.55. de Tor. y las demas referidas sup. num. 24. Y assi hallãdo en la misma disposicion, luego tomada en este sentido la palabra, *si*, en el mismo la emos de tomar en lo antecedente, ex *l. qui filiabus*, *l. si seruus plurium*, §. *fin. ff. delegat.*5. cum similib.

35 ¶ Y persuadese lo dicho con los estatutos que ay en Florencia, vt testatur Decius, *cons.*39. Roland. *cons.*7. *num.* 17. *lib.* 3. y en Pauia ex Menoch. *cons.*465. *num.*6. *lib.*5. y en otras muchas partes de Italia ex Gratian. *discept.* 233. *à n.* 21. y en Portugal por su ordenamento Real, *tit.* 67. §. 64. vt testatur Pater Molin. *de iust. & iur. tract.* 2. *disput.*224. *vers. Quo loco obserua*, Scob. *de ratiocin. cap.*6. *num.* 25. *in fin.* qui etiam aliud forum Cantabriæ adducit. Por todos los quales diestatutos y leyes se dispone y obserua en las dichas prouincias que a los maridos en teniendo diez y ocho años se les entregan sus bienes, y con-

concede la adminiſtracion dellos, ſin diſtincion ni diferencia de ſi ſe caſaron antes, ò deſpues de tener los diez y ocho años; y aſsi a ſu imitacion y ſemejança ſe ha de juzgar que ſe introduxo y promulgò la diſpoſicion de la dicha prematica argum. *l. de quibus, 32. ff. de legib. cap. elim, de conſuetud. c. ſuper eo, de cenſib.* & poſt plures Cabed. *dec. 211. p. 1. n. 8. & dec. 25. p. 2. n. 1. in fin.* Franciſc. Suar. *de legib. lib. 6. c. 2. n. 12.* ibi: *Per imitationẽ poterit ad vnum locum applicari, l. alterius per modum exempli, vel authoritatis.*

36 ¶ Y el mejor ſeguro que podemos tener deſta interpretacion, es el exemplar que en la miſma Sala tenemos, en el pleyto entre Andres Berrio, como marido y conjunta perſona de doña Ana de Alarcon Ponce, contra Chriſtoual Ponce, Iurado, y vezinos de la ciudad de Iaen, donde por ſentencias de viſta y reuiſta ſe mandò al dicho Chriſtoual Ponce, Iurado de la dicha ciudad, tutor de doña Ana de Alarcon Põce, entregaſſe el alcance de la tutela al dicho Andres Berrio, marido de la ſuſodicha, ſin embargo que oponia de las miſmas excepciones que oy ſe nos oponen, videlicet ſer menor la dicha doña Ana de Alarcon Ponce, y no auerſe acabado con ſu matrimonio la curaduria, y que el dicho ſu marido era menor tambien de veynte y cinco años, y ſe auia caſado deſpues de los diez y ocho, con que no podia gozar del priuilegio y fauor de la dicha prematica, y ſin embargo ſe le mandò entregar el dicho alcance ſin fianças, ni otra ſeguridad alguna, condenando al dicho curador por la ſentencia de reuiſta en coſtas, como conſta del teſtimonio preſentado, y aunque, exemplis iudicandum non ſit, *l. nemo, C. de ſent. & interlocut. omn. iudic* Eſto no procede en los exemplos de tan Supremos Tribunales, porque eſtos ſe han de ſeguir y imitar, y tienen fuerça de ley,

ex

ex ratione, *l. vnic. ff. de offi. Praefect. Praetor.* ibi: *Credidit enim Princeps, &c. l. si filius, ff. ad Cornel. de fals. l. nam Imperator, ff. de legibus*, tradunt Conan. *lib. 1. commentar. cap. 14.* Cabed. *decis. 212. part. 1.* Menoch. *lib. 2. de arbitrar. cas. 68. á nu. 29.* Dom. Castil. *lib. 5. cap. 89. num. 97. & 98.* Augst. Barbo. *in collect. ad decretal. in cap. in causis, n. 3. de sent. & re iud.* & pluribus antiquorum testimonijs comprobat Petrus Ærodius, *in suis rerum iudicatar. pādect. in praefatione, de orig. & authorit. iudic.*

37 ¶ Y menos se podrà pretender, que aū que la paga del dicho alcance se hiziesse legitimamente a Francisco de Ayala, con todo por auerlo consumido y gastado todo, y ser menor quando se le pagò y murio, cōpete restituciō, aduersus dictā solutionē, *ex l. 1. C. si aduersus solution.*

38 ¶ Porque ni el supuesto es cierto, como en el punto vltimo se dirà, ni doña Marina es parte para intentar la dicha restitucion, si no es confessando que es heredera de su marido, pues el dicho beneficio no compete a otro que a la misma persona, o a sus herederos, *l. non solum 6. ff. de in integr. restit. l. denique, 3. §. Pomponius, l. minor autem, 18. §. fin. ff. de minorib.* ni la dicha l. 1. *C. si aduers. solut.* procede sino es quādo in ipso actu solutionis interuenit laesio secudū Cald. Pere. *in l. si curatorem habens,* verb. *laesis, num. 61.* Galganet. *de tutell. lib. 3. q. 57. nu. 16.* ni el dicho beneficio puede competir atenta la dicha prematica, porque por ella se haze al marido capaz y auil para la administracion de sus bienes, y de los de su muger, como si fuera mayor de veynte y cinco años, y estando auilitado, se ha de entēder sin el recurso del beneficio de la restitucion, glos. singul. *in l. exigendi, 12. verbo, condemnatione, C. de procurat.* & ibi etiam Salicet. *num. 14. versic. Et ad id quod de restitutione dicebatur,* ne ij qui cum eis contrahunt, principali authoritate circunscripti

 cripti

cripti esse videantur, vt inquit text. *in l. 1. C. de bis qui veniam ætatis impetrauerunt*. Y porque de otra suerte viniera a quitarseles la administracion que por la dicha prematica se les dà, pues no huuiera quien quisiera contratar con ellos, temiendose del beneficio de la restitucion, vt alibi aiebat Paul. *in l. quod si minor, 25. §. non semper, ff. de minorib.*

39 ¶ Y como por la impetracion de la venia queda abilitado el menor, y firmes todos sus actos sin esperança de restitucion, *l. 1. & toto tit. C. de his qui veniam ætatis impetrauerunt*, vbi notant Bartol. & Bald. & cæteri; lo mismo con mayor razon se deue dezir en nuestra disposiciõ legal de la dicha prematica, pues es cierto que es de menos valor y fuerça, quod iure, seù priuilegio speciali competit, quam puod iure communi conceditur, *l. eius militis, 35. §. militia missus, ff. de testam. milit.*

40 ¶ Y porque no quedasse razon de dudarse expresso en la misma prematica, ibi: *Sin tener necessidad de venia.* Con que claramente se mostrò que se dauan, y concedian los mismos efectos que por la venia, y que para cosa alguna no tenia necessidad della el menor casado, auiẽdo entrado en los 18. años.

41 ¶ De que tambien resulta la satisfacion de otra oposicion que se nos haze, de que aunque por la dicha prematica se abilitasse al marido para la administracion de sus bienes, no se le abilitò para poder parecer por su persona en juyzio sin curador ad litem, porque lo cierto es, que para todo quedò auilitado como si fuera mayor, y que como por la venia se auilita al menor, no solo para los contratos, pero tambien para parecer en juyzio, circa omnia, in quibus habet plenam administrationem, vt testatur decissum, Rebuff. *ad constitut. Galic. tract. de regestis, seu*

libr.

libr. Baptism. art. 1. *glos.* 1. *num.* 33. De la misma suerte por la dicha prematica se ha de dezir que quedò auilitado, no solo para la administracion de sus bienes, y de los de su muger, pero tambiē para parecer en juyzio en todolo tocāte a ellos.

PVNTO QVARTO.

42 ¶ Pero quando diessemos que pudiera tener alguna duda lo dicho en el articulo precedente; no la tiene, que auiendo pagado Fernando de Soto, como pagò, con autoridad de justicia, consiguio plenissima liberacion, sin que pueda auer contra el recurso alguno, ni por via de restitucion, ni por otro remedio, porque aunque es controuertido entre los Doctores si basta sola la autoridad del Iuez para quedar el deudor seguro pagando al menor, sin que tenga necessidad de hazer contradicion, y representar la menor edad, y demas causas que ay porque no deua pagar a quien se le manda, y algunos defiēden, que es necessaria la dicha contradicion y defensa: otros lleuan lo contrario, y que sola la autoridad y decreto judicial, sin otra contradicion del deudor basta, lo qual parece se prueua en el text. *in l. sancimus*, 25. *C. de administrat. tutor.* ibi: *Ita tamen, vt prius sententia iudicialis sine omni damno celebrata hoc permisserit, & in §. penultim.* ibi: *Vt prius iudicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat, Inst. quibus alienare licet, vel non,* optima *l.* 4. *tit.* 14. *part.* 5. ibi: *Apercebido deue ser todo ome que vuiere de fazer la paga al menor de veynte y cinco años para fazerla de manera que la nō aya de pagar otra vez, e para ser seguro desto, deue pagar lo que deue a el, o a su guardador, con otorgamiento, o mandamiento del Iuez del lugar, &c.*

43 ¶ Et comprobant pulchrè, & in terminis Corn. *cons.* 27. *num.* 9. *lib.* 3. Menchac. *controuers. vsufrequentium, lib.* 6. *cap.* 67. *num. fin.* Ioan. Mauritius, *de restitut. in integr. cap.* 178. *per tot.*

Leand.

Leand. Galganet. *de tutel.lib.3.quæst.57.num.17.* y satisfacen al text. in l. *ait Prætor,7.§.permittitur ff. de minor.* verf. *Puto autem* (en que se fundā los de la contraria opinion) que del solo se puede sacar argumento à contrario sensu, y este no es de consideracion, auiendo (como ay) disposicion legal contraria, y especialmente de derecho mas nueuo, pues quando huuiera contrariedad se auia de dezir que la decision del dicho *§.permittitur*, procedia de derecho de los ff. y estaua derogada por la dicha *l.sancimus*, y demas textos cōcordantes.

44 ¶ Y aunque en esto ay alguna controuersia, pero nadie ha dicho que sea necessaria cōpulsion real, y que tenga necessidad de aguardar a esto el deudor para pagar legitimamente, y quedar seguro, porque los que mas han requerido es, que no pague luego sin hazer alguna cōtradicion, sino que represente al Iuez la menor edad del acreedor, y demas causas que ay para no pagarle: y si sin embargo desto se le manda q̃ pague, es indubitable y cierto, y todos cōfiessan que consigue el deudor plenissima liberacion, aunque no aya sido preso, y que ni por el beneficio de la restitucion, ni por otro camino alguno se puede venir contra la dicha paga, text. est expressus, in *dict.l.ait Prætor,7.§.permittitur,ff.de minor.* text. elegans, *in l.minor 20.annis,32.ff. eod. tit. dict.l.sancimus,25.C.de administ.tutor.& dict.§. penult.Inst.quib.alienar.licet d.l.4.tit.14.p.4.* donde se dà esta por cautela al deudor, ibi: *Apercebido deue ser todo ome,&c.*

45 ¶ Y en terminos lo resueluen, y defiēden por llano, y dan la misma cautela Paul. Castrens. *in l.1.C.si aduers.solut.num.3.* ibi: *In tertio verò casu, quando interuenit authoritas Iudicis denegatur restitutio, quod est verum, si ipse soluens contradicit Iudici, & non obstante contradictione, Iudex præcipit*

sin pagar al menor ... Juez ... compulsion Real

cipit sibi quod solueret; nam non videtur soluiße sponte, sed coacte, ideo non debet pati damnum, & ille est casus in l. ait Prætor, §. permittitur, ff. de minor. sed si non contradixisset iudici, licet iudex mandaßet, non videretur soluisse coactè, sed sponte, & non prodesset sibi præceptum iudicis, vt colligitur ex illo §. quod est singulare: vnde sis cautus, quandocunque iudex tibi mandat, quod soluas, vel aliquid facias, si vis quod videaris fecisse coactᵒ, facias ibi contradictionem tuam, & causam per quā iudicas: quod perpetuo tenementi per illum §. singul. sequuntur illic communiter DD. & in *d. l. sancimus 25. C. de administr. tutor.* & Cardin. Albanus *in Rubric. ff. de minoribus, num. 17.* Anton. Gom. *2. tom. variar. c. 13. n. 4.*

46 ¶ Eleganter Sforcia Odus, *de restitut. in integr. par. 1. quæst. 22. artic. 11. per tot. num. 68. 69. & 70. & part. 2. quæst. 52. artic. 3. num. 19.* qui *num. 24.* sic ait: *Et ideo datur forma & cautela ipsi debitori ad hoc, vt securè soluat minori; nam debet expectare, quod requiratur à minore, vt soluat, & ipse requisitus debet opponere de minore ætate illius, & quod non vult soluere, quia ei securè solui non potest, & tunc si minor adeat iudicem, & iudex non obstāte dicta oppositione, & exceptione ætatis iubeat ipsi debitori, vt soluat debitor, erit plenè securus aliás secus.*

47 ¶ Latè Cald. Pereyr. *in l. si curatorem habens, C. de in integr. restitut.* verb. *læsis, à numer. 59. ad 67.* maximé *numer. 66. in fin.* vers. *Ex his resoluitur,* Ioannes Gutierr. *de tutel. part. 2. cap. 22. num. 4. & num. 25. per tot.* Vincent. de Franch. *decis. 206. num. 13. & 14.* & ibi addentes, Iacob. Cancer. *lib. 2. variar. cap. 6. n. 104.* optimé Ant. Faber *in rationalibus, 1. tom. in dict. l. ait prætor. 7. §. permittitur, ff. de minoribus,* Osuald. ad Donel. *lib. 16. commentar. cap. 10. litera H.* Paul. Galter. *in prax. tutel. part. 2. Rubr. 2. vtiliter agat, & contrahat, nu. 40. circa fin.* Carol. de Gras. *de except. excep. 25. n. 62. à n. 59.*

48 ¶ Y la razon es, porque no se puede imputar culpa alguna al que paga, mandandoselo el Iuez, cum necesse habeat parere, vt *in l. non videtur 167.§.1.l. is damnum.169.ff.de reg. iur.* & iussus iudicis faciat licitum, quod aliás esset illicitum, *l. si quis quasi, ff. ad silanian. l. furti. §. qui iussu prætoris, ff. de his qui notant. infam.* Y fuera iniquidad y rigor notable, que no pagara justa y legitimamente el que paga iubente iudice, vt inquit Vlpian. *in l. qui autem.6.§.apud labeonem, ff. quæ in fraud. creditor.* ibi: *Eum enim quem præses inuitum soluere cogat, impune non soluere iniquum esse.* Y querer que Fernando de Soto viendo que sin embargo de sus excepciones el Iuez con parecer de assessor le mandaua pagasse, no creyesse justamente, que no eran legitimas, y que conforme a la nueua prematica deuia pagar el alcãce a Frãcisco de Ayala, fuera contra lo q̃ el Consulto en otro caso semejante de cuentas de vna curaduria, y paga del alcance hecha a vn menor por sus curadores considerò in *l. minor 32. in fin. ff. de minorib.* ibi: *Quod si & ipsi decreto Præsidis crediderunt, & administrare cessauerunt, vel etiam rationem reddiderunt, similes sunt cæteris debitoribus, ideoque non conueniuntur*, vbi explicat eruditè Anton. Faber.

49 ¶ A que no obstaràn las palabras del dicho texto *in l. ait Prætor, §. permittitur*, ibi: *Compulsus sit ad solutionem.* Porque como el juyzio siempre redditur in inuitum, vt notant Doct. in *l. inter stipulantem.85. ff. de verbor. oblig.* eo ipso, que sin embargo de su contradicion y excepciones se le manda al deudor, que pague, y que vee que le cõpeleran a ello, satis inuitus, & compulsus iudicatur soluere: vt animaduertunt omnes DD. supra citati, & probatur *in l. nouissime. 7. ff. quod falso tutore authore*, ibi: *Quid si compulsus, aut metuens ne compeleretur authoritatem acommodauerit, non ne debebit* esse

esse excusatus? notant Bart. *in l. creditor, num. 3. ff. de solut.* Bald. & cæteri *in d. l. nouissimè*, Matth. de Afflict. *decis. 150. num. 23.* ibi: *Item dicit, quod ipse debitor, qui compelitur iussu Magistratus alteri soluere non tenetur, prius subire carcerem, vel cruciatum*, & pluribus adductis Carol. de Gras. *dict. except. 24. num. 51. & 62.*

50 ¶ Y assi auiendo Fernando de Soto hecho contradicion pareciendo ante el Iuez, y representando por tres peticiones, que el dicho Francisco de Ayala no era persona legitima para pagarle, por ser menor, y auerse casado despues de los diez y ocho años, y no ser este caso cõprehẽdido en la nueua prematica, y alegãdo las mismas razones q̃ oy D. Marina por su parte cõsidera, y sin embargo dellas auiẽdosele mãdado por el Iuez q̃ pagasse, y compelidole a ello con prision (que segun lo que emos fundado no era necessaria) no se que razon de dudar puede auer, para que no se tenga por legitima la dicha paga, sin que pueda auer recurso de restitucion, ni otro alguno contra ella.

51 ¶ Y no serà de consideracion dezir, que el Iuez, que mandò a Fernando de Soto pagasse el dicho alcance, y le compeliò a ello, era Alcalde ordinario, ignorante de letras, y que assi no deuió obedecerle Fernando de Soto, ni tiene legitima escusa. Porque se satisface, con que los Alcaldes ordinarios tienen jurisdicion ordinaria, y conocimiẽto de todas las causas de qualquier calidad y cantidad que sean, y ante ellos ordinariamente se disciernen todas las tutelas, y dan las cuentas dellas, por ser cosa de trabajo, y assistencia personal, a q̃ no suelen querer acudir los Alcaldes mayores; y assi la tutela del dicho Fernando de Soto se auia discernido, y hechose todos los autos della por vn Alcalde ordinario, y no fue el quien lo buscó, sino el

el dicho Franciſco de Ayala, que le pidio las cuentas y alcance ante el, conque no pudo Fernando de Soto declinar ſu juriſdicion, ni eſcoger otro tribunal; y los autos en que ſe le mandò dar cuentas, y entregar el dicho alcance todos ſe proueyeron con acuerdo del Licenciado don Franciſco de Villanueua, Alcalde mayor que aora es de Malaga, y entonces el Letrado de mas opinion de Cordoua.

52 ¶ Y menos ſe podrá dezir, que tuuo obligacion Fernando de Soto a apelar, ex doctrina Angeli *in l.2.in fin.ff.de appellat.recip.* Dom. Greg. *in l.4.tit.14.part.5.* verb. *mandamiento,* porque ſu reſolucion es expreſſamente contra el text. *in dict. l. ait Prætor.7.§.permittitur, ff.de minor.* donde aunq̃ el deudor ſabia que era menor el acreedor que pedia le pagaſſe, y lo alegò; ſin embargo dize Vlpiano, que no tiene obligacion de apelar, in hæc verba. *Puto autem SI ALLEGANS MINOREM ESSE, compulſus ſit ad ſolutionem nihil ei imputandũ, niſi fortè quaſi aduerſus iniuriam appellandum, quis ei putet, ſed credo Prætorem hunc minorem, in integrum reſtitui volentem auditurum non eſſe*: & tradunt ibi omnes, præſertim Anton. Fab. *litera O.* Menchac. *dict.cap.67.n.*10. Aretin. *cõſ.24.n.*10. & expreſſe reprobantes Angelum, & Dom. Gregor. defendunt etiam Cald. Pereir. *in dict.l.ſi curatorem,* verb. *læſis, n.67.* Ioan. Gutierr. *d.part.2.cap.22.nume.26.* ſequitur Iacob. Cancer. *d.par.2.cap.6.n.*105. & agnoſcũt omnes ſupra relati *à num.* 44. conducunt etiam tradita per Anton. Fabr. *in Cod.tit.de ſolut.definit.9.* Fontan. *de pact.nupt.clauſ.3.gloſ.2.n.43.*

*** PVNTO QVINTO. ***

53 ¶ Y aunque nos pudieramos prometer el buen ſuceſſo con los fundamentos referidos, ay

otro

otro que acaba de sacar el negocio de duda, y es que en la carta de pago y finiquito que Francisco de Ayala, y la dicha doña Marina su muger otorgaron en fauor de Fernando de Soto, le dieron por libre, obligandose a que en ningun tiẽpo se diria contra la dicha paga, ni se le boluieria a pedir cosa alguna, y sobre ello interuino juramento de ambos, con que la dicha doña Marina quedò excluyda de qualquier remedio, que por razon de la menor edad le pudiera competir, pues se hizo y deue juzgar mayor por el dicho juramento, y ha de obseruarlo inuiolablemẽte, ex regula, *Auth. Sacramenta puberum, C. si aduersus venditionem, l.6.tit.19.p.6.l.16.in princip.tit. 11.p.3.c.cum contingat, de iur.iur.c. quamuis pactum, de pact.lib.6.* comprobant latè Anton. Gabr. *com. tit. de minor. conclus. 5.* Seraphin. *de priuileg. iuram. priuileg. 83.* & innumeris adductis Dom. Castill. *lib.3.c.2. ex princ.*

54 ¶ La qual no solo procede en los cõtratos, pero generalmente en qualesquier actos hechos con juramento por el menor, vt tradunt communiter DD. in d. *Auth. Sacramenta Puberũ*, y en particular que proceda su disposiciõ en los finiquitos y liberaciones dadas por los menores, aunque sea en fauor de sus tutores, tradunt gloss. *in l.3.§.1.* verbo, *liberationem, ff. de contrar. & vtil. tutel. act.* Roman *cons.190.* Ruin. *cons.137. col.2. vers. Sed præmissis, vol.1.* Anton. Gabr. *dict. tit. de minor. concl.5, num 22.* Seraph. *dict. priuil.83. num. 33.* Anton. Gom. *2.tom.c.14. de rest. min. n.18 circa fin.*



55 ¶ Sin que se pueda oponer que no cõsistio el dicho juramento, ni pudo confirmar el acto, por ser doña Marina menor de doze años quando lo hizo; y assi no auer llegado a la pubertad que es necessaria para que proceda la disposicion de la dicha Auth.

 Porque

56 ¶ Porque la dicha doña Marina a el tiempo que dio el dicho finiquito tenia mas de onze años, y la capacidad que ponderamos en el primer punto, con que es cierto que el juramẽto le obligò y sanò qualquier defecto de solenidad, o nulidad que en la dicha liberacion y finiquito huuiesse, segun la mas verdadera opinion, saltim de iure Canonico (quod in hac materia iuramenti est attendendum) vt probat text. in *cap. ex litteris, 2. de spons.* vbi notant gloss. Abb. & alij, *c. 1. de delict. puer. l. fin. ff. de liberal. caus.* Bartol. Castrens. & alij communiter, in *d. Auth. Sacramẽta puberum*, Afflict. *decis. 322. à num. 3.* Seraph. *de priuileg. iuram. præuileg. 83. num. 24. & 25.* plures adducit Anton. Gabr. *d. tit. de minor. conclus. 5. n. 39.* verioremq; & communiorem in iudicando, & consulendo sequendam profitentur, D. Greg. *in d. l. 6. tit. fin. p. 6.* verb. *mayor de catorce años.* Ioã. Gutierr. *in dict. Authent. Sacramenta puberum, num.* 117.

57 ¶ Y procede esto sin duda auiendo afirmado doña Marina que era mayor de doze años, porque aunque es controuertido si el titulo, *C. si minor se maiorem dixerit*, procede en los pupilos que afirman estar fuera de la pupilar edad, quando en el acto interuiene juramento, entonces es opinion recebida de todos, que obliga el dicho juramento, y el acto se confirma, por el dolo y mendacio del pupilo, dummodo sit proximus pubertati, vt post Guillelmum de Cugn. tradit Paul. Castr. *in l. qui iurasse, num.* 5. & ibi etiam, Alex. *ff. de iur. iur.* Rom. *cons.* 12. Grammat. *decis. 12. à n. 5.* Afflict. *decis. 393. n. 12.* D. Grego. *in l. 6. gl. 2. tit. fin. p. 6.* Ioan. Gutier. *in d. Auth. Sacramenta puberum, à n.* 59.

58 ¶ Y no se podrà pretender, que por ser Fernando de Soto tutor de doña Marina, no podia ignorar su edad, ni puede dezir que le engañò

gañò, afirmando que era mayor de doze años, iuxtà text. in *l. de tutella*, 7. *C. de in integr. restitut. minor.*

59 ¶ Porque esto pudiera tener lugar si Fernando de Soto no solo fuera tutor, si no pariẽte tambien de doña Marina, que todo esto requiere el dicho texto, *in l. de tutella*, ibi: *Tàm officium tutellæ, quám sanguinis proximitas arguit*; y el principal motiuo es la conjuncion de la sangre, *l. octaui, ff. vnde cognat.* DD. *in l. 1. ff. si certum petat.* q̃ el oficio de tutor no es bastante para que ex eo solo scientia ætatis pupilli arguatur, *l. minor 20. annis*, 32. vers. *Planè, ff. de minor.* vbi notat glos. fi. & Bartol. *num. 6.* in hæc verba: *Vltimo quæro quid in dubio, vtrùm curatores præsumantur sciuisse, vel ignorasse ætatem, respondeo, aut erant curatores, & consanguinei, & præsumitur sciuisse, vt l. de tutella, C. de in integ. restit. l. octaui, vnde cognat. aut erant curatores tantum, & non præsumantur sciuisse.* Et ibi sequuntur Fulgos. & alij communiter ibi.

60 ¶ Y aun quando Fernando de Soto fuera tambien (que no es) pariente, ni persona cercana de doña Marina, se deuia en el presumir ignoraua la edad de la susodicha, assi porq̃ siẽpre la criò, y tuuo en su casa Bernardino de Carrion su abuelo, y despues en el Conuento de S. Maria de Gracia, con que no auiendola tratado, criado, ni comunicado Fernando de Soto, tenia justa ignorancia de su edad, ex traditis à Socin. *cons.* 187. *n* 22. *lib.* 2. Decio, *in l. 1. 3. lect. n.* 59. & ibi etiam alijs *ff. si cert. petat.* Menoch. *lib.* 2. *præs.* 51. *n.* 51. *& lib.* 6. *præs.* 24. *n.* 39. Farin. *in fragment. p.* 1. verbo, *ignorantia, n.* 195. como porque viendo casada a doña Marina medio año auia, justamente se podia persuadir a que tendria mas de doze años, pues regularmente desta edad se suelen casar, como en terminos semejantes lo aconsejò Iason, *cons.* 156. *lib.* 4. vbi eleganter resoluit,

uit,quod per matrimonium contractum in facie Ecclesiæ inter consanguineos,vel affines, tollitur præsumptio scientiæ consanguinitatis, vel affinitatis sequuntur Anton.Gabr. *lib.1.commu. tit.de præs.cõc.6.n.36.*Menoc.*lib.6.præs.24.n.42.*

PVNTO SEXTO.

61 ¶ Y procede todo lo que emos dicho con mayor razon,considerando la buena fee cõ que el dicho Fernando de Soto procedio en su oficio,y en el dar las dichas cuentas, y pagar el alcance dellas, porque aunque se dize por doña Marina que tuuo obligacion Fernando de Soto como tutor de impedir su casamiento con Francisco de Ayala,y casarla con persona industriosa, y que conseruasse y aumentasse su hazienda: lo cierto es que esta no es obligacion del tutor, ni le incumbe el casar a su pupila,vt probat tex. in *l.sciendum 20.ff. de rit. nuptiar.* ibi : *Sciendum est ad officium curatoris non pertinere,nubat pupilla,an nõ l.in copulandis,C.de nupt.*& vtrobique notant DD ni podia aunque quisiesse impedirlo,etiam iure communi attento,porque el matrimonio depẽde solo de la voluntad del pupilo, o menor,*d. l. in copulaudis,*ibi:*Sed spectanda est eius voluntas de cuius coniunctione tractatur,*optimus text.*in l.si puellæ 6.ff.de spons.*vbi notant Bald.& alij.Mayormente oy atenta la disposicion del Concilio Tridẽtino,*Ses. 24.de refor.c.10.* donde se imponen varias penas a los que por qualquier camino procuran impedir el matrimonio.

62 ¶ Y asi no viene a ser de consideraciõ el requerimiento que se pretende auerse hecho por Diego Fernandez de Molina a Fernando de Soto en 22.de Iulio de 1627.paraque impidiesse el dicho casamiento,porque demas que la notificacion y respuesta no està firmada de Fernando de Soto como deuia,ex *l.13.tit.25.lib.4.recop.* y està la notificacion de otro requerimiento de el

dia

dia antes, y q̃ aunq̃ Fernando de Soto pidio se le diesse traslado del, no se le dio, y q̃ la fee de la notificacion es de Gaspar de Arce, compadre de doña Marina (y su muger tia de la susodicha) y quiẽ à mouido, y solicitado este pleyto, y induzido los testigos, y en particular a los que dizen cerca de la dicha notificacion, como todo està prouado: y q̃ no es verosimil, q̃ mas de dos años antes, siendo de tã poca edad entonces doña Marina, se tratasse el dicho casamiento, y q̃ en profecia se pudiesse preuenir todo lo que despues sucedio, y nada desto supiesse, ni lo aduirtiesse el dia antes en el otro requerimiento q̃ se hizo a Fernando de Soto.

63 ¶ Quando se huuiesse de tener por verdadero el dicho requerimiento, no venia a ser de efeto alguno, pues no estaua en mano de Fernando de Soto, ni podia, aunque quisiesse, impedir el dicho matrimonio, principalmente auiẽdose dado doña Marina y Francisco de Ayala palabra de casamiento, como lo declararon ante el Prouisor, y criadose ambos juntos: ni tampoco podia sacar a la dicha doña Marina del Conuento, donde estaua por orden de su abuelo, ni quitarsela; porque la educacion le estaua cometida al dicho Bernardino de Carrion su abuelo, y no la tenia, ni era justo tuuiesse Fernando de Soto persona estraña.

64 ¶ Y cessa todo escrupulo con las prouanças hechas por Fernando de Soto en ambas instãcias con mucho numero de testigos, de q̃ al tiẽpo y quãdo se hizo el casamiẽto, y muchos dias antes, estaua ausente de Cordoua en la ciudad de Malaga, y q̃ no interuino, ni tuuo noticia del, hasta despues que vino, y los hallò casados: y lo mismo cõcluyen Bernardino de Carrion, abuelo de doña Marina, y doña Maria de Ayala su muger, Catalina Martin su criada, y Blas Frãco, testigos presentados por la dicha doña Marina en la segunda pre-

gunta de la prouança de reuista, los quales afirmã que el casamiẽto lo tratò el dicho Bernardino de Carrion, y su muger y hijas, sin que en ello interuiniesse Fernando de Soto, porque estaua ausente, y antes procuraron siempre guardarse del: y en la quinta pregunta dizen tambien, como quando Diego Fernandez de Molina por el año de 27. fue a Cordoua, y procurò traer a esta ciudad a D. Marina, fueron al Conuento a dezirselo a la susodicha, y a persuadirla a ello, y que no quiso, y antes començo a llorar, conque la dexaron, y el dicho Diego Fernandez de Molina y su muger desistieron de su intento.

65 ¶ De que se conoce la injusticia y calumnia del que aora tiene doña Marina, queriendo echar la culpa a Fernando de Soto de el dicho casamiento, en que no interuino, y que ella hizo de su propria autoridad, y por el aficion que tenia a Frãcisco de Ayala: como lo dize la dicha Catalina Martin, y otros testigos suyos, y por la palabra de casamiento, que (como ella misma declarò ante el Prouisor) le auia dado.

66 ¶ Y con lo dicho se conuence lo que doña Ysabel de Ayala y su hermana, Religiosas del dicho Conuento dizen; porque lo cõtrario consta por las deposiciones de muchos mas testigos q̃ ay de su misma parte: demas que està prouada la enemistad que tienen con Fernando de Soto, y es cierto que fueron induzidas por Gaspar de Arce, por algunas promessas que les hizo.

67 ¶ Y el mismo hecho està manifestando, que no interuino en el dicho casamiento Fernando de Soto, pues no auia causa para que lo procurasse, porque Francisco de Ayala no era su pariente, ni tenia con el amistad, ni correspondencia, ni podia obligarle elque le haria buen passage en las cuentas, pues se vee por ellas con la rectitud que se procedio, y que no ha podido la diligẽcia grãde

de doña Marina, y de quien le ayuda descubrir agrauio alguno; porque todos los que se han propuesto no son de consideracion, ni tienen fundamento, como se declarò por la sentẽcia de vista.

68 ¶ Y en quanto a la paga del alcance cõsta tambien por prouança, y la fee del escriuano q̃ lo pagó Fernando de Soto realmente, y compulso y apremiado, como hemos dicho, y por padecer detrimento en su credito, siendo hõbre de negocios, y correspondencias, porque publicauã del Bernardino de Carrion, y demas parientes de doña Marina, que por aprouecharse del dinero de la tutela, y traerlo en sus tratos, no lo queria restituir ni pagar, que esto solo bastara para escusarle, quãdo no huuiera sido, como fue, legitima la paga: argument. text. *in l. Quintus Mutius* 48. *ff.* mandat. ibi: *Sed si Reus fideiussori denuntiasset, vt recusaret sub vssuris debitam esse pecuniam, nec is propter suam existimationem recusare voluisset, quod ita soluerit á reo petiturum, hoc bene censuit Scæbola.* Et infra: *Cæterum, in posteriore casu, non oportet esse noxiæ fideiussori, si ipse pepercit pudori suo, l. quæ omnia* 25. §. 1. *ff.* de procur. cum similibus ibi adductis à glos. verbo, *conuitium.*

*** PVNTO SETIMO. ***

69 ¶ Pero quando por algũ camino, que no alcançamos, se pudiera tener por no legitima la paga hecha por Fernando de Soto, la condenaciõ deuia ser teniendo consideracion a los bienes que dexò el dicho Frãcisco de Ayala, y que se entro en todos la dicha D. Marina, sin auer inuentariado, ni confessado algunos, antes negadolos siempre todos, conq̃ se pudiera pretender por nuestra parte, que se auia de deferir la cantidad y liquidacion dellos en el juramento de Fernando de Soto, ex text. *in l. si quando, C. vnde vi, l. si cum dos.* 8. §. *fin. ff.* de act. rerum amotar. *l.* 1. §. *Scæuola, ff. si quis testament. liber esse ius. fuer. l.* 5. *titul.* 11. *partit.* 3. ibi: *Por razon del tuerto, ó del engaño:* & traditis á Paul.

Paris.

Parif.conf.109.lib.3. ferè per tot. maximè num.30. verf. *Et cum conftat de expillamento circa quantitatem ftandum eft iuramento dictorum Iuliæ, & Ioannis Baptiftæ,iuxta ea,quæ plené notantur,in l.fi quãdo, C.vnde vi,&c.* Baptifta Plot.*in d.l.fi quando,§.14. á nu.8. & §.24.n.6. & §.50.n.15.*

70 ¶ Y fupuefto,que por efcritura prefentada parece, que el Licenciado Iuã de Ayala,y Diego de Carrion fe obligaron a pagar a doña Marina cien ducados que les auia preftado fu marido: y q̃ por prouança de muchos teftigos en efta inftancia de reuifta confta,q̃ quedaron muchos bienes,veftidos,joyas,alhajas,fetenta fanegas de fal, cincuẽta pares de medias de feda,y otras muchas mercaderias de empleos que auia hecho en la feria de Palma quinze dias poco mas ò menos antes que murieffe, que todo importó mas de doze mil reales,y fe quedó con ello doña Marina,fin lo demas(que es verofimil tendrian,y no fe ha podido prouar)ya que efto no fea caufa para abfoluer a Fernando de Soto en todo,por lo menos fe han de defcontar,y baxar las dichas cantidades que eftan prouadas: pues quando la prouança no fuera concluyente,fe auia de fuplir,cõfiderando las prefunciones que ay contra D.Marina, y que el acto de ocultacion es de dificil prouança,iuxta tradita per DD.*in d.l.fi quando,C.vnde vi,* maximè per Plotum,*§.2.per tot.*

¶ Ex quibus omnibus videtur fer notoria y conftante la juftificacion de la pretenfion de Fernando de Soto en todas las fiete partes, que propufimos al principio,y que afsi ha de fer abfuelto, y dado por libre,reuocando la fentẽcia de vifta en lo que le es prejudicial. Prout fperamus: Salua in omnibus D.D.V.C.

Lic. Herrera Pareja.

Lic. Pedro Muriel de Berrocal.